Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 7 B 24.18
OVG 3 Bf 153/15

In der Verwaltungsstreitsache

ECLI:DE:BVerwG:2019:210619B7B24.18.0

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 21. Juni 2019
durch
den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Korbmacher,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Löffelbein

beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2018 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

1 Der Kläger ist Mitglied des Personalrats des beklagten Universitätsklinikums, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er begehrt Zugang zu einem im Auftrag des Beklagten durch eine Rechtsanwaltskanzlei erstellten Gutachten vom 23. Juli 2012 zu datenschutz- und arbeitsrechtlichen Fragen des Einsatzes eines neuen EDV-Programmes.

2 Vor dem Verwaltungsgericht und vor dem Oberverwaltungsgericht hatte die Klage Erfolg. Der Informationszugangsanspruch des Klägers ergebe sich aus dem Hamburgischen Transparenzgesetz. Ausschlussgründe lägen nicht vor.

3 Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beklagten.

II

4 Die auf sämtliche Zulassungsgründe nach § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg.

5 1. Die Divergenzrüge (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) greift nicht durch. Die Beschwerde meint, das Oberverwaltungsgericht weiche mit seiner Ansicht, es bedürfe zur Plausibilisierung der zu schützenden Geheimnisse und der zu offenbarenden Information einer so präzisen Umschreibung, dass das Gericht in der Lage sei, die Behauptungen der informationspflichtigen Behörde schlüssig nachzuvollziehen, von einem Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts ab, wonach die aktenverweigernde Stelle nur zu einer abstrakten Umschreibung der in den zurückgehaltenen Akten befindlichen Schriftstücke verpflichtet ist (BVerwG, Beschlüsse vom 25. Juni 2010 - 20 F 1.10 - Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 59 Rn. 7 und vom 3. Juli 2012 - 20 F 12.11 - juris Rn. 11). Eine Divergenz besteht insoweit jedoch nicht. Das Oberverwaltungsgericht hat die in den genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten Grundsätze der Sache nach zutreffend erkannt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Auch abstrakte Umschreibungen der Aktenbestandteile müssen so präzise sein, dass sie dem Gericht eine Prüfung ihrer Entscheidungserheblichkeit ermöglichen. Wenn die Beschwerde meint, sie habe den Inhalt der Akten hinreichend genau beschrieben, wendet sie sich in Wahrheit gegen die Tatsachenwürdigung des Oberverwaltungsgerichts, was die Zulassung der Revision wegen Divergenz nicht begründen kann.

6 2. Die Revision ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.

7 Grundsätzlich bedeutsam ist eine Rechtssache nur dann, wenn in dem angestrebten Revisionsverfahren die Klärung einer bisher höchstrichterlich ungeklärten, in ihrer Bedeutung über den der Beschwerde zugrunde liegenden Einzelfall hinausgehenden klärungsbedürftigen und entscheidungserheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO) zu erwarten ist. Die Rechtsfrage und der Klärungsbedarf müssen gem. § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO in der Beschwerdebegründung dargelegt werden (stRspr; vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 12. Februar 2019 - 7 BN 2.18 - juris Rn. 6 m.w.N.).

8 Als rechtsgrundsätzlich bedeutsam wirft die Beschwerde die Frage auf:

"Kann eine öffentlich-rechtliche Informationsgewährungspflicht einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sein?"

9 Diese Frage ist im vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich. Das Oberverwaltungsgericht hat die - von ihm bejahte - Frage, ob hinsichtlich einer privatrechtlich getroffenen Vertraulichkeitsabrede angesichts eines bestehenden öffentlich-rechtlichen Informationszugangsanspruchs ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB angenommen werden kann, lediglich im Rahmen einer Alternativbegründung aufgeworfen. Unabhängig von dieser Überlegung ("Davon abgesehen...") hat das Oberverwaltungsgericht selbstständig tragend darauf abgestellt, dass das Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden kann (vgl. UA, S. 28). Eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung auch dieser - im Übrigen jedenfalls primär landesrechtlichen - Frage macht der Beklagte nicht geltend. Ist die angefochtene Entscheidung jedoch selbstständig tragend auf mehrere Begründungen gestützt, ist die Revision nur zuzulassen, wenn hinsichtlich jeder der verschiedenen Begründungen ein Zulassungsgrund geltend gemacht wird und vorliegt (stRspr; vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 1. Juli 2016 - 3 B 59.15 - juris Rn. 3 m.w.N.). Im Übrigen hat der Senat zum Informationsfreiheitsgesetz des Bundes bereits entschieden, dass es durch vertragliche Vertraulichkeitsklauseln nicht abbedungen werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. März 2016 - 7 C 2.15 - BVerwGE 154, 231 Rn. 36).

10 3. Das Beschwerdevorbringen weist nicht auf einen Verfahrensmangel (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO), auf dem das angefochtene Urteil beruhen kann.

11 a) Der vom Beklagten geltend gemachte Verstoß gegen § 112 VwGO liegt nicht vor.

12 Der Kläger bemängelt, dass das Oberverwaltungsgericht im Termin zur mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2018 in einer anderen Besetzung verhandelt habe, als im Termin am 3. Mai 2018, obwohl die mündliche Verhandlung bloß unterbrochen und nicht vertagt worden sei. Insoweit ist aber kein Verfahrensfehler erkennbar. § 112 VwGO schreibt zwar vor, dass das Urteil nur von den Richtern und ehrenamtlichen Richtern gefällt werden darf, die an der dem Urteil zugrun-

de liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Damit ist jedoch die letzte mündliche Verhandlung gemeint (vgl. BVerwG Beschlüsse vom 19. September 1973 - 6 C 123.73 - Buchholz 448.0 § 34 WPflG Nr. 21, vom 14. März 2011 - 8 B 61.10 - ZOV 2011, 123 Rn. 23 und vom 26. August 2013 - 9 B 13.13 - juris Rn. 8 ff.). Weder im Verwaltungs- noch im Zivilprozess besteht eine Regelung des Inhalts, die einmal in mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme mit einer Sache befasst gewesenen Richter müssten auch bis zur Entscheidung mit dieser Sache befasst bleiben (vgl. BVerwG Urteil vom 23. September 1983 - 6 C 13.83 - juris Rn. 15, insoweit in Buchholz 310 § 112 VwGO Nr. 5 nur als Leitsatz abgedruckt; Beschluss vom 12. Juli 1985 - 9 CB 104.84 - Buchholz 310 § 133 VwGO Nr. 56 S. 32). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn sich die mündliche Verhandlung - etwa wegen des Umfangs des Streitstoffs - über mehrere Sitzungstage hinzieht und die mündliche Verhandlung daher am Ende des jeweiligen Sitzungstages lediglich unterbrochen und am nächsten Sitzungstag fortgesetzt wird (vgl. BFH, Urteil vom 3. Dezember 2010 - V B 57/10 - juris Rn. 5 ff. m.w.N.; Ortloff, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand Februar 2019, § 104 Rn. 74). In diesem Fall ist die Änderung der richterlichen Besetzung unzulässig.

13 Vorliegend hat - der Regel folgend - das Berufungsgericht am 2. Juli 2018 eine erneute mündliche Verhandlung durchgeführt und auf deren Grundlage sein Urteil gefällt. Ausweislich der Niederschrift vom 3. Mai 2018 wurde die an diesem Tag vor dem Berufungsgericht abgehaltene erste mündliche Verhandlung um 12:52 Uhr geschlossen, nicht lediglich unterbrochen. Nach der Niederschrift vom 2. Juli 2018 wurde die an diesem Tag abgehaltene zweite mündliche Verhandlung folgerichtig (neu) eröffnet und nicht lediglich fortgesetzt. Abweichendes ergibt sich auch aus den Ladungen zum Termin am 2. Juli 2018 nicht.

14 Ein erkennbarer Wille des Berufungsgerichts, die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2018 - ausnahmsweise - unter Beibehaltung der Besetzung des Gerichts am 2. Juli 2018 fortzusetzen, ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerde auch nicht aus dem Hinweis der Vorsitzenden, die Erwägungen, die der Senat bislang in der mündlichen Verhandlung vom 3. Mai 2018 und in seinem Beweisbeschluss von diesem Tage zu erkennen gegeben habe, gälten aus Sicht der Berufsrichter im Wesentlichen weiter. Dieser richterliche Hinweis macht vielmehr deutlich, dass die am 2. Juli 2018 nach der Geschäftsverteilung

zuständigen Berufsrichter vor der mündlichen Verhandlung über den bisherigen Sach- und Streitstand beraten haben und in dieser Besetzung zu einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung gelangt sind.

15 Angesichts der eindeutigen Formulierungen in den Sitzungsniederschriften ist entgegen der Auffassung der Beschwerde auch der Umstand, dass dieselben ehrenamtlichen Richter, die bereits an der mündlichen Verhandlung am 3. Mai 2018 teilgenommen hatten, auch am 2. Juli 2018 mitwirkten, nicht geeignet, eine bloße Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu belegen. Es ist nicht auszuschließen, dass wegen weiterer bereits terminierter mündlicher Verhandlungen und krankheits- oder urlaubsbedingter Verhinderungen der übrigen dem Senat zugeordneten ehrenamtlichen Richter die beiden am 3. Mai 2018 herangezogenen ehrenamtlichen Richter bereits zwei Monate später erneut heranzuziehen waren. Im Übrigen ist eine Besetzungsrüge nur dann in der erforderlichen Weise bezeichnet, wenn unter Wiedergabe der maßgeblichen, in den Geschäftsverteilungsplänen des (Gesamt-)Gerichts bzw. des Spruchkörpers niedergelegten Heranziehungs- und Vertretungsregeln konkret dargelegt wird, dass und warum ein bestimmter Richter nicht zur Mitwirkung an der Entscheidung berufen war. Es ist nicht Aufgabe des Beschwerdegerichts, den Inhalt der Geschäftsverteilungspläne zu ermitteln, diese auf eine (lediglich vermutete) fehlerhafte Anwendung im Einzelfall zu durchsuchen und eine solche festzustellen (BVerwG, Beschluss vom 25. Januar 2016 - 2 B 34.14 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO Nr. 75 Rn. 12).

16 b) Das Berufungsgericht hat die von der Beschwerde benannten Beweisanträge Nr. 7 und 8 nicht verfahrensfehlerhaft abgelehnt.

17 aa) Der Beklagte beantragte in der mündlichen Verhandlung vom 3. Mai 2018 zum Beweis der Tatsache, dass dem Verfassen des Gutachtens vom 23. Juli 2012 die konkrete Erwartung zugrunde lag, dass es zu rechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Personalrat kommen werde, die Einvernahme der Verfasser des Gutachtens.

18 Die Ablehnung der Beweisanträge hat das Berufungsgericht in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2018 damit begründet, dass die unter Beweis gestell-

ten Tatsachen als wahr unterstellt werden könnten. In den Entscheidungsgründen führt das Oberverwaltungsgericht in materiell-rechtlicher Hinsicht aus, dass für die Annahme des Ablehnungsgrundes nach § 5 Nr. 5 des Hamburgischen Transparenzgesetzes - HmbTG - die Erwartung eines Rechtsstreits in dem Gutachten selbst Niederschlag gefunden haben müsse. Demgegenüber hätten sich die vom Beklagten unter Beweis gestellten Tatsachen allein auf die Erwartung möglicher Rechtsstreitigkeiten, nicht aber den maßgeblichen Inhalt des Gutachtens selbst bezogen (vgl. UA, S. 26 f.).

19 Zu dem für den Ausschlussgrund des § 6 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zur Errichtung der Körperschaft "Universitätsklinikum <...>" - UKEG - (Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) relevanten Inhalt des Gutachtens hat das Oberverwaltungsgericht darauf verwiesen, dass dieser trotz wiederholter Hinweise des Gerichts und einer erneuten Bitte um Präzisierung in der mündlichen Verhandlung vom 3. Mai 2018 so abstrakt geblieben sei, dass daraus keine rechtlichen Schlüsse in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit des Gutachtens, zumal in seiner Gesamtheit gezogen werden könnten (UA, S. 19).

20 Auch der Verwaltungsprozess kennt die Möglichkeit, einen Beweisantrag durch "Wahrunterstellung" abzulehnen. Mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz kommt dies allerdings regelmäßig nur für - wie aus der maßgeblichen Sicht des zur Entscheidung berufenen Gerichts auch hier - nicht entscheidungserhebliche Behauptungen in Frage. Diese Verfahrensweise setzt indes voraus, dass die behauptete Beweistatsache im Folgenden so behandelt wird, als wäre sie wahr (vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. Dezember 2012 - 2 B 32.12 - juris Rn. 12 m.w.N.). Mit der Ablehnung eines Beweisantrags durch Wahrunterstellung sagt das Gericht dem Beteiligten zu, dass es die behaupteten Beweistatsachen als wahr behandeln wird. Hierzu darf es sich im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht in Widerspruch setzen. Der Umfang der Wahrbehandlung muss hierbei dem erkennbaren Sinn und dem vollen Inhalt des Beweisbegehrens entsprechen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. September 1993 - 4 B 125.93 - juris Rn. 7 m.w.N.).

21 Diesen Maßgaben ist das Berufungsgericht gerecht geworden. Soweit es auf Seite 26 des Urteilsabdrucks formuliert, dass gewisse Anhaltspunkte dafür vorlie-

gen könnten, dass das Gutachten "bereits für eine konkret in Aussicht genommene rechtliche Auseinandersetzung mit dem Personalrat verfasst worden sein und über die bisher mitgeteilten Inhalte hinaus gesonderte Erwägungen hierzu enthalten könnte", setzt es sich zu seiner Wahrunterstellung nicht in Widerspruch. Entscheidend für das Berufungsgericht ist, dass die Erwartung eines Rechtsstreits in dem streitigen Gutachten selbst Niederschlag gefunden haben muss. Hierauf war der Beweisantrag Nr. 7 aber nicht gerichtet. Die beiden Verfasser sind lediglich dazu benannt worden, dass "dem Verfassen" des Gutachtens vom 23. Juli 2012 die konkrete Erwartung rechtlicher Auseinandersetzungen zugrunde lag. Eine solche nicht im Gutachten selbst Ausdruck findende Erwartung war nach der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts nicht ausreichend und damit nicht entscheidungserheblich. Entgegen der Auffassung der Beschwerde musste das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung über den Beweisantrag Nr. 7 nicht davon ausgehen, dass sich das Beweisbegehren des Beklagten nach seinem erkennbaren Sinn und vollen Inhalt auch darauf erstreckt hat, dass die Erwartung eines Rechtsstreits in dem Gutachten vom 23. Juli 2012 selbst Niederschlag gefunden hat.

22 Dies ist deshalb nicht der Fall, weil das Oberverwaltungsgericht bereits in den Gründen des Beweisbeschlusses vom 3. Mai 2018 auf seine Rechtsauffassung, wonach die Erwartung eines Rechtsstreits im Gutachten selbst Niederschlag gefunden haben muss, hingewiesen und sich der Beklagte mit dieser Rechtsauffassung in seinem Schriftsatz vom 6. Juni 2018 (S. 5 f.) auseinandergesetzt hat. Vor diesem Hintergrund wäre es im Rahmen sorgfältiger Prozessführung Sache des Beklagten gewesen, seinen Beweisantrag gegebenenfalls auf die für ihn erkennbar aus der Sicht des Berufungsgerichts entscheidungserhebliche Tatsache zu erstrecken, dass die Erwartung eines Rechtsstreits im Gutachten selbst Niederschlag gefunden hat.

23 Auch im Hinblick auf den Beweisantrag Nr. 8 ist das Oberverwaltungsgericht entgegen der Auffassung der Beschwerde im Rahmen der Beweiswürdigung nicht von seiner Wahrunterstellung abgewichen, sondern hat den als wahr unterstellten Inhalt der tabellarischen Zusammenfassung des Gutachtens als für die Annahme eines Ausschlussgrundes nach § 6 Abs. 2 Satz 1 UKEG nicht hinreichend aussagekräftig und substantiiert gewürdigt.

Abweichendes folgt auch nicht daraus, dass im Tatbestand sowie in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils von (nur) "angeblich" im Gutachten gemachten Angaben und "angeblichen" Vorgaben des Vorstands die Rede ist. Die jeweiligen Textpassagen im Tatbestand (vgl. UA S. 9) und den Entscheidungsgründen (vgl. UA S. 19) nehmen auf ein gerichtliches Aufklärungsersuchen vom 3. Mai 2018 Bezug, mit dem das Berufungsgericht um eine präzise Umschreibung von zukünftigen erst noch zu würdigenden - und insoweit jedenfalls zu diesem Zeitpunkt "angeblichen" - Angaben gebeten wurde (vgl. hierzu auch die Klarstellung des Berufungsgerichts in den Gründen des ablehnenden Beschlusses vom 28. August 2018 [BA S. 3] zum Tatbestandsberichtigungsantrag des Beklagten). Die in diesem spezifischen Kontext stehende Wortwahl des Oberverwaltungsgerichts lässt Rückschlüsse auf eine defizitäre Behandlung der erst mit Antrag vom 2. Juli 2018 unter Beweis gestellten Tatsachen als wahr nicht zu.

24 c) In Anbetracht der geschilderten Umstände musste es sich dem Berufungsgericht entgegen der Auffassung des Beklagten auch nicht aufdrängen, im Rahmen der Amtsermittlung (§ 86 Abs. 1 VwGO) die vom Beklagten beantragte Einvernahme der Gutachten durchzuführen und auf die Frage zu erstrecken, ob die Erwartung eines Rechtsstreits im Gutachten selbst Niederschlag gefunden hat. Wie dargelegt, hätte es hinsichtlich dieser Beweistatsache einer ausdrücklichen Antragstellung seitens des Beklagten bedurft.

25 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG.

Prof. Dr. Korbmacher Schipper Dr. Löffelbein